

LOS RETOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL: AUTENTICIDAD DE LAS ELECCIONES Y DEBIDO PROCESO

Rafael ESTRADA MICHEL*

Comienzo haciendo una referencia agradecida a la Universidad Nacional, que a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de su director, el doctor Héctor Fix-Fierro, me permite intercambiar con ustedes estas reflexiones. Muchas gracias también al organizador de esta pertinente serie de actos, el doctor John Mill Ackerman.

No quisiera que esto se convierta en una haydiniana Sinfonía de los Adioses, en que los músicos van abandonando sus sitios por turnos; así es que seré breve. Me lo impone el proceso que le es debido al amable auditorio.

No quisiera tampoco, sin embargo de lo anterior, dejar de llevar agua para mi molino, el iushistórico. Pareciera que se nos olvidó, en este año de centenarios, que entre 2009 y 2010 se cumplieron doscientos años de las primeras elecciones de democracia moderna en nuestro país: las realizadas para elegir diputados a las Cortes generales inauguradas el 24 de septiembre de 1810. No es dato menor.

Como tampoco lo es que tengamos desde hace un par de décadas, tardíamente, un órgano encargado en sede judicial de velar por que las elecciones se desarrollen adecuada, auténticamente. Entre los actores políticos actuales, la iniciativa de crear un “Tribunal Federal de Elecciones” fue propuesta por los diputados de Acción Nacional desde 1955.¹ Tardó muchos años en tomar carta de naturalización a través, primero, del Tribunal de lo Contencioso Electoral, pasando por el Tribunal Federal Electoral y hasta llegar a la actual conformación institucional, que incardina al órgano en el Poder Judicial de la Federación.

* Escuela Libre de Derecho.

¹ González Luna, A. M. y Gómez Morin, A. (estudio preliminar, comp. y notas), *Una amistad sin sombras. Correspondencia entre Manuel Gómez Morin y Efraín González Luna (1934-1964)*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, t. I, p. lxxvii.

Pues bien, el gran reto, esto es, a lo que está avocada toda la reforma constitucional de 2007, el principio que la informa (y, por tanto, informa a todas las instituciones electorales) es el de autenticidad. Voy a mencionar algunos retos que derivan de tal principio, no sólo para el TEPJF, sino para el sistema electoral en su conjunto.

Primeramente, si pasamos por un periodo de excepción, por una guerra, habría que pensar en elecciones excepcionales. Se ha hablado, y tiene que hablarse más, de constreñir a los partidos políticos a la utilización exclusiva del subsidio público en el desarrollo de sus campañas. Ahora bien, ¿pueden prohibirse las aportaciones privadas en razón del principio de autenticidad? La Constitución general de la República dice que no, pues obliga a la ley a “garantizar que los recursos públicos prevalezcan sobre los de origen privado” (artículo 41-II). Con todo, esta prevalencia puede darse en un orden proporcional de 100 a 1, con lo que el problema se trasladaría al ámbito de la efectiva auditoría. En cualquier caso, no es tema que deba soslayarse.

Otro “subreto” que nos impone la autenticidad: evitar el bipartidismo artificial. El Tribunal tendrá que ser especialmente cuidadoso en la asignación de legisladores por el principio de representación proporcional, en forma tal que la voluntad del pueblo mexicano se trasluzca en forma fiel a la conformación de sus órganos legislativos, sin generar el efecto perverso de premiar mayorías artificiosas que terminen por olvidarse de un sano pluralismo, indispensable para la autenticidad de la representación en naciones como la nuestra. Entre paréntesis diré que es tiempo de tomarnos en serio a Sartori: una reforma del Estado se cuestionaría seriamente, en mi concepto, la operatividad democrática del sistema híbrido de representación cameral. Hay que buscar que el Congreso refleje más fielmente lo que es el país. Que *especule*, pero no, como lo hace, en términos modernos, sino en un sentido medieval: que refleje lo auténtico, lo verdadero, en un *speculum*, un espejo democrático.

El Tribunal también debe hallarse consciente de su calidad de garante y controlador constitucional. Así, ¿qué hacer ante disposiciones que ralentizan hasta el absurdo las alianzas electorales? ¿Qué tal si se presentan en el ámbito federal? ¿Qué pasaría si se generaliza la prohibición de las candidaturas comunes?² En términos históricos, ¿sería imaginable la democracia mexicana sin el Frente Democrático Nacional de 1988?

² El 29 de noviembre de 2010, semanas después de la realización del seminario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró, por unanimidad de votos, que las reformas a la ley electoral del Estado de México (la “ley Peña Nieto”) no infringe principio constitucional alguno ni torna ineficaz el derecho de asociarse con fines electorales.

Más desafíos para la sede jurisdiccional: ¿cómo conciliar la libertad de expresión con la imposibilidad de referirse insidiosamente a los candidatos? El apartado C del 41 constitucional establece, como se sabe, que “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”. No hay forma de conciliar prohibiciones semejantes con la libertad de expresión en su sentido más clásico. Deberemos aspirar, en consecuencia, a que los órganos judiciales realicen un aterrizaje de la regla que sea, a una vez, lo más principialista y garantista que se pueda, sin por ello caer en el fraude a la ley constitucional. Un desafío complicado, que requiere virtudes de alambrista.

Especialmente dificultada se hallará también la posibilidad de declarar la nulidad de una elección por la prohibición de la causal abstracta. Habrá que ser especialmente atento con la *determinancia*. ¿Cómo evitar convertirse en un tribunal de legalidad, casi en un contencioso administrativo? Sólo mediante la constante puesta en operación del principio de autenticidad. Sólo mediante una —vale decirlo— obsesión en que los resultados definitivos reflejen con la mayor fidelidad posible la *auténtica* voluntad del electorado.

Con el artículo 99 constitucional, que establece que “las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes”, el caso de Ciudad Juárez, el de Tabasco y la calificación de la elección presidencial de 2006 habrían estado fuera de discusión. Las elecciones habrían vuelto a convertirse en un canto al legicentrismo, a la legolatría, al cumplimiento de simples formas que terminan por no significar nada.

El viejo juego entre principios y reglas parece, con la reforma de 2007, resuelto a favor de lo regulatorio. No sé hasta qué punto garantice esto la dimensión sustancial de la democracia. La Sala Superior del TEPJF tendrá en ello la última palabra, y me temo que deberá emplear de nuevo sus dotes de equilibrista: que no sea posible declarar abstractamente la nulidad de las elecciones no puede significar que las elecciones sean, por regla, necesariamente válidas, pues ello reduciría al absurdo nuestro sistema jurisdiccional de calificación electoral.

Existen adicionalmente muchos desafíos derivados de lo que José Barragán ha señalado recientemente en relación con la reforma del 2007, y que se refiere fundamentalmente a la ampliación de las facultades del Tribunal por razón de la materia encomendada al Instituto Federal Electoral.

Me gustaría resaltar uno, poniendo a jugar la reforma electoral con la reforma, también constitucional, de junio de 2008 en materia de sistema penal acusatorio. ¿Puede haber debido proceso con el IFE como autoridad

inquisitiva, a un tiempo investigadora y castigadora? ¿Existe contradicción entre ambas reformas?

Vayamos por partes. En el tema electoral, la Constitución mexicana establece que

los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión... Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Me parece que, para ser consecuente con el modelo de debido proceso que la Constitución impone en todos los órdenes de la vida jurídica del país (y no sólo en el estrictamente penal), el IFE no debería poder actuar sino como autoridad acusadora, no pesquisidora, correspondiendo al TEPJF el juzgamiento con todas las garantías de igualdad de armas, concentración, intermediación, adversariedad, etcétera. Pero no hay esto. Y máxime porque no cabe la suspensión en sede judicial, lo que abre las puertas a que el Instituto cause agravios que más tarde sea imposible reparar.

Lo que tenemos, en cambio, es esto: el apartado D del artículo 41 constitucional dispone que “las infracciones a lo dispuesto en esta base serán sancionadas por el Instituto Federal Electoral mediante procedimientos expeditos, que podrán incluir la orden de cancelación inmediata de las transmisiones en radio y televisión, de concesionarios y permisionarios, que resulten violatorias de la ley”, en tanto que el artículo 99, fracción VIII, convierte al Tribunal Electoral en revisor de “la determinación e imposición de sanciones por parte del Instituto Federal Electoral a partidos o agrupaciones políticas o personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, que infrinjan las disposiciones de esta Constitución y las leyes”.

De esta forma, el Instituto Federal Electoral investiga, enjuicia, decide y castiga, sin tener que sujetarse a las garantías procesales elementales (piénsese simplemente en la presunción de inocencia). Se trata de una autoridad administrativa que no halla más límite que la mera sujeción a una legalidad más bien porosa, de nivel secundario, y a lo que el Tribunal decida en una instancia de revisión —ésa sí dotada de garantías de debido proceso— que parece tardía.

Termina uno por preguntarse si los partidos políticos, en razón de su naturaleza cuasi estamental de organismos de interés público, no deben go-

zar del debido proceso. Un debido proceso que, a riesgo de parecer reduccionista, podemos describir como la posibilidad de defenderse en igualdad de condiciones con quien acusa, frente a un juez estrictamente imparcial, que no pueda entenderse siquiera tangencialmente como parte en la litis. Y ésta no es, ciertamente, la situación del Instituto Federal Electoral cuando actúa como órgano de pesquisa y sanción.

Ahora bien, hay que decir también que este regresivo diseño procesal no se restringe al ámbito de la materia electoral *stricto sensu*, sino que la reforma de 2007 lo extiende a lo penal, lo administrativo, lo mercantil y hasta lo laboral, materias todas que, si nos ponemos letrísticos, pueden ser conocidas por el Tribunal Electoral mediando la vía de la impugnación.

Antes de la reforma, la fracción VIII del párrafo cuarto del artículo 99 constitucional asignaba al Tribunal, resolver sobre “la determinación e imposición de las sanciones *en la materia*.” En la materia *electoral*, se entiende, y en relación con los actos punitivos de las autoridades *electorales*.

A raíz de la reforma, la misma fracción concede al Tribunal conocer de “la determinación e imposición de sanciones por parte del Instituto Federal Electoral a partidos o agrupaciones políticas o personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, que infrinjan las disposiciones de esta Constitución y las leyes”.

La competencia queda ampliada, en consecuencia, exponencialmente. Se extiende ahora sobre materias que exceden lo electoral —la contratación de espacios en los medios de comunicación que pueda parecer oblicuamente electoral no es mal ejemplo; la punición de expresiones denigratorias vertidas en relación con algún candidato tampoco— y sobre protagonistas no restringidos a la calidad de partidos o agrupaciones políticas. Y todo ello sin contar, al menos en la sede administrativa, con las garantías del debido proceso.

El gran reto del Tribunal Electoral está, a partir de todo esto, en dar ya no sólo a los partidos, sino a la sociedad en general lo que procesalmente nos es *debido*, y que, a lo que se ve, nos fue negado ante el IFE en su calidad de gran inquisidor.